

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/145501>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

WPNR 2015/7061 Europees recht en erfpachtvoorwaarden



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	146
Publicatiedatum	02-05-2015
Afleveringsnummer	7061
Titel	Europees recht en erfpachtvoorwaarden
Auteurs	Mw. mr. K. Everaars, Verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. (K.Everaars@jur.ru.nl) Zij doet onderzoek naar de herziening van beperkte rechten in het spanningsveld tussen gewijzigde omstandigheden en rechtszekerheid.
Samenvatting	De praktijk dient zich bewust te zijn van de rol die het Europees recht speelt bij de vernietiging van algemene erfpachtvoorwaarden, ook bij opvolgende erfpachters, zodat hierop kan worden geanticipeerd.
Paginanummers	413-419
Rubriek	Artikel

WPNR 2015(7061) Europees recht en erfpachtvoorwaarden

Europees recht en erfpachtvoorwaarden

Welke rol speelt het Europees recht bij de vernietiging van algemene erfpachtvoorwaarden, in het bijzonder bij opvolgende erfpachters?

1. Inleiding

De Gemeente Amsterdam maakt bij de uitgifte van grond in erfpacht gebruik van standaard contractvoorwaarden. In deze zogenoemde Algemene Bepalingen staan algemene afspraken over de rechten en verplichtingen van partijen. De Algemene Bepalingen dienen als model voor de te sluiten overeenkomsten.¹ Door vestiging van het erfpachtrecht gaan de Algemene Bepalingen (in beginsel) deel uitmaken van het erfpachtrecht, aldus kan ook gesproken worden over algemene erfpachtvoorwaarden.² In de Algemene Bepalingen van de Gemeente Amsterdam is een beding opgenomen dat deze te allen tijde door de gemeenteraad kunnen worden herzien.³ De gemeente heeft dus de bevoegdheid om de algemene erfpachtvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Op 23 september 2014 heeft het Hof Amsterdam dit beding echter vernietigd⁴ wegens strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de richtlijn).⁵ De richtlijn is in het Nederlandse recht omgezet in afd. 6.5.3 BW, waarvan art. 6:233 sub a BW bepaalt dat een onredelijk bezwarend beding vernietigbaar is. Naar verluidt is tegen de uitspraak cassatieberoep ingesteld.

De uitspraak is een duidelijke illustratie van de invloed van het Europees recht op het nationale privaatrecht, zelfs op goederenrechtelijke kwesties. Het is derhalve van belang om inzicht te krijgen in de werking van het Europees recht op goederenrechtelijke onderwerpen. In deze bijdrage wordt de rol die het Europees recht speelt bij de vernietiging van algemene erfpachtvoorwaarden, meer in het bijzonder bij opvolgende erfpachters, besproken. Allereerst sta ik stil bij de uitspraak van het hof (par. 2). Daarna wordt het oneerlijkheidsoordeel besproken (par. 3). Vervolgens kijk ik naar een vraag die hier eigenlijk aan voorafgaat, namelijk de vraag naar de toepasselijkheid van de richtlijn en afd. 6.5.3 BW op een

goederenrechtelijke erfpachtverhouding (par. 4), meer in het bijzonder bij opvolgende erfpachters (par. 5). Ik sluit af met een conclusie (par. 6).

2. De eenzijdige wijzigingsbevoegdheid vernietigd door het Hof Amsterdam

In de onderhavige zaak voeren vier individuele erfpachters en de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (hierna: SEBA c.s.) bij het hof (onder andere) aan dat de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de gemeente in strijd is met art. 6:237 aanhef en sub c BW in combinatie met onderdeel j van de indicatieve lijst bij de richtlijn. Volgens SEBA c.s. geeft het wijzigingsbeding de gemeente eenzijdig de mogelijkheid de Algemene Bepalingen aan te passen om zich daarmee een prestatie te verschaffen die wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Het Hof Amsterdam gaat met dit betoog van SEBA c.s. niet mee, maar vernietigt wel ambtshalve de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de gemeente.⁶ Het hof oordeelt dat het beding de Gemeente Amsterdam machtigt tot eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden, zonder dat de overeenkomst daarvoor een geldige reden geeft (onderdeel j van de indicatieve lijst bij de richtlijn). Voorts is over het beding niet onderhandeld en verstoort het beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de erfpachter (art. 3 richtlijn). Het hof komt vervolgens tot de conclusie dat het beding oneerlijk is en vernietigt het beding.

Het hof heeft bij de beoordeling van het beding ten onrechte aan de richtlijn getoetst, aangezien de richtlijnbevestigingen in de onderhavige casus directe werking ontberen.⁷ De richtlijn is ook temporeel gezien slechts deels van toepassing in de onderhavige zaak. De richtlijn ziet op overeenkomsten gesloten na 31 december 1994 (art. 10 richtlijn). Een van de rechtsverhoudingen tussen de gemeente en de individuele erfpachters is vóór 31 december 1994 tot stand gekomen.⁸ Het hof had kunnen volstaan met een toetsing aan art. 6:233 sub a BW. Afd. 6.5.3 BW is vanaf 1 januari 1993 ook van toepassing op algemene voorwaarden die reeds voor inwerkingtreding van de afdeling werden gebruikt (art. 191 lid 1 OBW). Via een richtlijnconforme interpretatie had het hof de richtlijn en de indicatieve lijst bij zijn oordeel kunnen betrekken.⁹ Het gaat evenwel om een dogmatisch punt. Art. 3 van de richtlijn is deugdelijk geïmplementeerd, zodat het voor de uitkomst in deze concrete zaak geen verschil maakt of rechtstreeks aan de richtlijn wordt getoetst of aan de omgezette regels.¹⁰

3. Het oneerlijkheidsoordeel

Het Hof Amsterdam heeft zijn oordeel erg mager gemotiveerd. Volgens art. 3 richtlijn is een beding oneerlijk als het *“in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”*. Het hof lijkt het gegeven dat de consument geen inbreng heeft bij nieuw in te voeren bepalingen en dat de overeenkomst daar ook geen toetsingskader voor geeft als argument te beschouwen om te oordelen dat er sprake is van een aanzienlijke verstoring. Dit argument is echter een letterlijke herhaling van onderdeel j van de indicatieve lijst bij de richtlijn en niet voldoende om de oneerlijkheid van het beding mee aan te tonen. Het feit dat het beding op de indicatieve lijst staat, betekent niet dat het beding *dus* oneerlijk is.¹¹ Het feit dat het beding op de lijst staat, moet ten minste worden meegewogen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding als een van de omstandigheden van het geval.¹² Het hof heeft niet inzichtelijk gemaakt dat het andere omstandigheden van het geval heeft meegewogen bij de beoordeling van het wijzigingsbeding, terwijl dit wel is vereist. De vernietiging van een beding moet *“steunen op een specifieke motivering waarin zijn betrokken de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval (...)”*.¹³

Het hof had op basis van alle concrete omstandigheden van het geval (art. 6:233 sub a BW) moeten onderzoeken of het wijzigingsbeding oneerlijk in de zin van de richtlijn, dat wil zeggen onredelijk bezwarend als bedoeld in art. 6:233 sub a BW is. Die toetsing verloopt via twee stappen. Op de eerste plaats moet het bezwarende karakter worden vastgesteld en op de tweede plaats het onredelijke karakter daarvan.¹⁴ Bezwarend wil zeggen benadelend of nadelig.¹⁵ Een beding is nadelig indien daarmee *“wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder [dat beding] zou hebben gehad”*.¹⁶ Zonder de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid is een herziening van de erfpachtvoorwaarden (naast wettelijke

gronden) slechts mogelijk als de erfpachter daarmee akkoord gaat. Het wijzigingsbeding is voor de erfpachters dus benadelend. Vernietiging is echter pas gerechtvaardigd als het beding in het licht van alle omstandigheden van het geval *onredelijk* bezwarend is.

Gelet op die omstandigheden is bijvoorbeeld relevant dat een erfpachtverhouding over het algemeen een langdurige en stabiele goederenrechtelijke rechtsverhouding is. Volgens Loos is een beding in een duurovereenkomst dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de prijs¹⁷ of de algemene voorwaarden aan te passen, minder snel onredelijk bezwarend dan een dergelijk beding in een overeenkomst van voorbijgaande aard. Dit geldt met name wanneer de wederpartij de mogelijkheid heeft de overeenkomst op te zeggen of te ontbinden of als de gronden waarop de algemene voorwaarden kunnen worden gewijzigd in de overeenkomst uitdrukkelijk zijn omschreven.¹⁸ Over de draagwijdte van de indicatieve lijst bij de richtlijn is ook opgemerkt dat onderdeel j niet in de weg staat aan een beding dat de verkoper het recht geeft eenzijdig de voorwaarden te wijzigen, mits hij de consument daarvan vooraf in kennis stelt en de consument de mogelijkheid heeft de overeenkomst op te zeggen.¹⁹ Uit de Algemene Bepalingen van bijvoorbeeld 1915 blijkt dat de erfpachter bij het einde van een tijdvak de mogelijkheid heeft het erfpachtrecht op te zeggen indien hij zich niet kan vinden in de voorgestelde wijziging van de Algemene Bepalingen.²⁰ Bij de uitgifte van grond in erfpacht met een woonbestemming is echter af te vragen of de enkele mogelijkheid om op te zeggen voldoende bescherming biedt tegen een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. De erfpachter verkeert in een afhankelijkheidspositie en kan alleen maar instemmen of opzeggen.

De Nederlandse wetgever gaat er daarentegen van uit dat een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in beginsel niet onredelijk is.²¹ Zoals Jongeneel aangeeft kan een wijziging van de voorwaarden onredelijk zijn, maar is dat vaker omdat een (op zichzelf redelijk) wijzigingsbeding, onredelijk wordt uitgeoefend, dan dat het beding zelf onredelijk is.²² Een erfpachtverhouding is doorgaans een langdurige en stabiele goederenrechtelijke verhouding, zodat het op zichzelf redelijk lijkt dat de erfpachtvoorwaarden na verloop van tijd kunnen worden aangepast. In de onderhavige casus zou het dan op zijn hoogst onredelijk bezwarend zijn dat het om een blanco wijzigingsbevoegdheid gaat en de Algemene Bepalingen geen toetsingskader geeft voor nieuw in te voeren bepalingen. Daartegen kan worden aangevoerd dat nieuwe Algemene Bepalingen pas na een tijdvak van vijftig of vijfenzeventig jaar in werking treden.²³ Er valt daarom ook het nodige te zeggen voor het oordeel dat het beding zelf niet oneerlijk is, maar de uitoefening ervan onder bepaalde omstandigheden niet toelaatbaar is op grond van de redelijkheid en billijkheid.

4. Toepasselijkheid van de richtlijn en afd. 6.5.3 BW op een erfpachtverhouding

Er gaat eigenlijk een vraag vooraf aan bovenstaande kwestie over het oneerlijkheidsoordeel, namelijk de vraag of de richtlijn en afd. 6.5.3 BW wel van toepassing zijn op een goederenrechtelijke rechtsverhouding.

De richtlijn vereist voor toepasselijkheid een beding, waarover niet afzonderlijk is onderhandeld,

in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument. Dat over het wijzigingsbeding niet afzonderlijk is onderhandeld, lijkt mij voor de hand liggend, aangezien de Algemene Bepalingen worden gehanteerd als standaard contractsvoorwaarden.²⁴ De richtlijn lijkt voorts een 'overeenkomst' te eisen, maar definieert dit begrip niet.²⁵ De rechtsverhoudingen tussen de Gemeente Amsterdam en de individuele erfpachters zijn goederenrechtelijke rechtsverhoudingen. De titel die ten grondslag ligt aan de vestiging van het erfpachtrecht is in veruit de meeste gevallen een obligatoire overeenkomst. De Algemene Bepalingen maken deel uit van deze obligatoire overeenkomst. Door vestiging van het erfpachtrecht gaan de Algemene Bepalingen echter (in beginsel) deel uitmaken van het erfpachtrecht²⁶ en ontstaat tussen partijen een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de toepasselijkheid van de richtlijn wordt bepaald aan de hand van de hoedanigheid van contractspartijen.²⁷ Als de inhoud van de overeenkomst opgaat in de inhoud van een goederenrechtelijk recht, doet dit aan toepasselijkheid van de richtlijn dus niets af, mits partijen aan te merken zijn als verkoper en consument in de zin van de richtlijn.

De erfpachters zijn (in de onderhavige zaak) als consumenten aan te merken, want zij handelen niet voor doeleinden binnen een bedrijfs- of beroepsactiviteit (art. 2 sub b richtlijn). De richtlijn kwalificeert een verkoper als iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder de richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit (art. 2 sub c richtlijn). De heersende opvatting in de Nederlandse literatuur is dat de vestiging van een erfpachtrecht kan worden gelijkgesteld met koop.²⁸ De erfverpachter kan bij de vestiging van het erfpachtrecht dus vanuit Nederlands recht als verkoper worden aangemerkt. De term ‘verkoper’ in de richtlijn lijkt echter op een vertaalfout te berusten.²⁹ In de Franse tekst wordt de term ‘professionnel’ gebezigd en in de Engelse versie de term ‘seller or supplier’.³⁰ Zoals de definitie in de richtlijn ook aangeeft, gaat het uiteindelijk om een natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.³¹ Het lijkt daarom beter om kort gezegd te spreken over een professionele partij.

De Gemeente Amsterdam is aan te merken als professionele partij, zodat de gemeente volgens de Nederlandse vertaling van de richtlijn als ‘verkoper’ kan worden aangemerkt. Toepasselijkheid van de richtlijn op een erfpachtverhouding is daarmee gegeven.³²

Voor het Nederlandse recht is de heersende opvatting in de literatuur dat afd. 6.5.3 BW inzake de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden van toepassing is op een erfpachtverhouding tussen

de oorspronkelijke partijen bij de uitgifte van het erfpachtrecht. Afd. 6.5.3 BW, waaronder art. 6:233 sub a BW, eist voor toepasselijkheid een obligatoire overeenkomst (art. 6:213 lid 1 BW). Met betrekking tot de bepalingen in de erfpachtvoorwaarden die slechts obligatoire werking hebben - want in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht³³ -, geldt dat deze rechtstreeks aan art. 6:233 sub a BW kunnen worden getoetst.³⁴ De bepalingen die wel goederenrechtelijke werking hebben, vallen tevens onder de werking van afd. 6.5.3 BW. Op de eerste plaats kan de obligatoire overeenkomst waar de algemene voorwaarden deel van zijn gaan uitmaken getoetst worden aan art. 6:233 sub a BW. Via het causale stelsel treft een eventuele vernietiging het erfpachtrecht.³⁵ Op de tweede plaats is afd. 6.5.3 BW via de schakelbepaling van art. 6:216 BW van toepassing op een erfpachtverhouding.³⁶ De schakelbepaling geeft aan dat (onder andere) afd. 6.5.3 BW van overeenkomstige toepassing is op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan de obligatoire overeenkomst. De vestiging van het erfpachtrecht kan worden aangemerkt als een meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling. De erfpachtvoorwaarden kunnen dus getoetst worden aan de algemene voorwaardenregeling.

5. Opvolgende erfpachters

Uit het vonnis in eerste aanleg van de Rechtbank Amsterdam is af te leiden dat de gemeente en de individuele erfpachters niet meer elkaars oorspronkelijke contractspartijen zijn.³⁷ De vraag is of de richtlijn en afd. 6.5.3 BW ook in het geval van opvolgende erfpachters tot vernietiging van de erfpachtvoorwaarden kunnen leiden.

Toepasselijkheid van de richtlijn wordt, zoals gezegd, bepaald aan de hand van de hoedanigheid

van contractspartijen. Het gaat er dus om of de erfpachtverhouding tussen de erfverpachter en een opvolgende erfpachter kan worden aangemerkt als een verhouding tussen een ‘verkoper’ en een ‘consument’ in de zin van de richtlijn. Zoals eerder ter sprake gekomen is, lijkt de term ‘verkoper’ op een vertaalfout te berusten en kan beter gesproken worden over een professionele partij. In de erfpachtverhouding tussen de Gemeente Amsterdam als erfverpachter en een opvolgende erfpachter kan de gemeente nog steeds als een professionele partij worden aangemerkt. Als de nieuwe erfpachter een consument is, is daarmee de toepasselijkheid van de richtlijn gegeven.

In het Nederlandse recht bestaan verschillende opvattingen over de toepasselijkheid van de algemene voorwaardenregeling op een erfpachtverhouding in het geval van opvolgende erfpachters. Tegen toepasselijkheid van afd. 6.5.3 BW kan worden aangevoerd dat tussen de erfverpachter en een opvolgende erfpachter wel een *rechtsverhouding* bestaat, maar geen *rechtshandeling* plaatsvindt.³⁸ Rechtstreekse toepassing van de algemene voorwaardenregeling is uitgesloten, aangezien daarvoor een

obligatoire overeenkomst is vereist (art. 6:213 lid 1 BW). Toepassing van de algemene voorwaardenregeling via de schakelbepaling van art. 6:216 BW is strikt genomen ook niet mogelijk, aangezien daarvoor een *rechtshandeling* is vereist. Die rechtshandeling ontbreekt nou juist in de erfpachtverhouding tussen de erfverpachter en een opvolgende erfpachter. Mijns inziens kan art. 6:216 BW echter analogisch worden toegepast of teleologisch worden uitgelegd.³⁹ De tekst van art. 6:216 BW kan zo worden gelezen dat overeenkomstige toepassing van afd. 6.5.3 BW plaatsvindt indien sprake is van een vermogensrechtelijke *rechtsverhouding*. Tussen de erfverpachter en een opvolgend erfpachter bestaat een goederenrechtelijke erfpachtverhouding, zodat via die weg de algemene voorwaardenregeling van toepassing is.

Deze benadering leidt tot de mijns inziens wenselijke uitkomst dat opvolgende erfpachters een beroep op afd. 6.5.3 BW kunnen doen. De gedachte achter de invoering van de algemene voorwaardenregeling is bescherming van personen jegens wie de voorwaarden worden gebruikt, aangezien deze personen in de regel geen invloed kunnen uitoefenen op de inhoud daarvan, de voorwaarden vaak niet eens kennen of begrijpen dan wel het risico van een beroep op de voorwaarden onderschatten.⁴⁰ Deze argumenten spelen bij opvolgende erfpachters evenzeer een rol als bij 'eerste' erfpachters. Deze benadering is tevens in overeenstemming met het toepassingsbereik van de richtlijn. Uit het voorgaande blijkt dat de richtlijn naar mijn mening van toepassing is op een erfpachtverhouding, ook in het geval van opvolgende erfpachters. Gelet op het minimumkarakter van de richtlijn, moet er in het Nederlandse recht dus ook voor opvolgende erfpachters een mogelijkheid bestaan om een 'oneerlijk' beding te laten toetsen, met als gevolg dat een oneerlijk beding de consument 'niet bindt' (art. 6 lid 1 richtlijn).

De vraag is echter of de voor het verbintenissenrecht geschreven algemene voorwaardenregeling zich wel goed verhoudt met toepasselijkheid op een erfpachtverhouding in het geval van opvolgende erfpachters. In de eerste plaats wijst Vonck erop dat het zich niet goed verhoudt met de regeling als (onbekende) belangen van rechtsopvolgers worden betrokken bij de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm. Vonck leidt daarom uit art. 6:233 sub a BW af dat met de term 'wederpartij' alleen wordt bedoeld op de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst.⁴¹ Dit betekent dat een door rechtsopvolging geworden erfpachter in de visie van Vonck geen beroep kan doen op de algemene voorwaardenregeling. Volgens Vonck is de strikte lezing van de term 'wederpartij' tevens geboden bij toepassing van de terhandstellingsplicht van art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 BW, omdat anders de erfverpachter bij overdracht van het erfpachtrecht opnieuw aan zijn terhandstellingsplicht moet voldoen.⁴² Aan de terhandstellingsplicht is voldaan indien de algemene voorwaarden 'vóór of bij het sluiten van de overeenkomst' aan de wederpartij ter hand zijn gesteld. Volgens Vonck betekent 'vóór of bij het sluiten van de overeenkomst' in het geval van een erfpachtrecht 'vóór of bij de totstandkoming van de erfpachtverhouding'.⁴³ De strikte lezing van het begrip 'wederpartij' heeft tot gevolg dat de terhandstellingsplicht alleen geldt bij de vestiging van het erfpachtrecht.

Met Vonck ben ik het eens dat het onwenselijk is om de terhandstellingsplicht te laten herleven bij overdracht van het erfpachtrecht. De terhandstellingsplicht bestaat om de wederpartij de mogelijkheid te bieden kennis te nemen van de algemene voorwaarden. De goederenrechtelijk werkende erfpachtvoorwaarden zijn af te lezen uit de openbare registers en dus - ongeacht terhandstelling - kenbaar voor een rechtsopvolgende erfpachter. Als de terhandstellingsplicht al zou gelden bij overdracht van het erfpachtrecht, zou een redelijke uitleg van art. 6:234 BW met zich brengen dat de erfpachter zich niet op de vernietigbaarheid kan beroepen, omdat hij bekend kon zijn met de goederenrechtelijk werkende bedingen.⁴⁴ Een redelijke uitleg van art. 6:234 BW brengt mijns inziens echter met zich dat de terhandstellingsplicht alleen geldt bij de vestiging van het erfpachtrecht. De bewoordingen 'vóór of bij het sluiten van de overeenkomst' moeten zo gelezen worden dat daarmee in het geval van erfpacht 'vóór of bij de vestiging van het erfpachtrecht' wordt bedoeld.

Toepasselijkheid van de algemene voorwaardenregeling hoeft voorts naar mijn mening niet te betekenen dat de (onbekende) belangen van rechtsopvolgers worden betrokken in de beoordeling van de onredelijk bezwarend-norm. Voor toepasselijkheid moet gekeken worden naar de wederpartij bij de *rechtsverhouding*. Een rechtsopvolger is als wederpartij bij de erfpachtverhouding aan te merken en kan dus een beroep doen op de regeling van afd. 6.5.3 BW. Deze benadering vindt ook steun in de rechtspraak.⁴⁵ Bij de toetsing moet echter *wel* gekeken worden naar de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Toetsing vindt immers plaats "*in het licht van de omstandigheden zoals*

deze zich vóór en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voordoen".⁴⁶ Een opvolgende erfpachter kan dus een beding laten toetsen aan de onredelijk bezwarend-norm van art. 6:233 sub a BW, maar bij die toetsing is de hoedanigheid van de oorspronkelijke erfpachter van belang.

Deze benadering heeft echter (theoretisch) wel tot gevolg dat een in eerste instantie niet vernietigbaar beding, vernietigbaar wordt door de enkele overdracht van een erfpachtrecht. Het is mogelijk dat een bepaald beding uit de zwarte lijst van art. 6:236 BW jegens een erfpachter in de hoedanigheid van ondernemer niet onredelijk bezwarend is, maar jegens een rechtsopvolger in de hoedanigheid van consument wel. Als de consument het erfpachtrecht weer overdraagt aan een (of zelfs dezelfde) ondernemer, is de ondernemer niet gebonden aan het vernietigde beding, terwijl art. 6:236 BW niet zijn belangen beoogt te beschermen.⁴⁷ In de regel heeft de erfverpachter geen invloed op de persoon aan wie de eerste erfpachter zijn recht overdraagt.⁴⁸ Daarom kan ook recht worden gedaan aan het minimumkarakter van de richtlijn door een opvolgend erfpachter slechts een beroep op art. 6:248 lid 2 BW te laten toekomen.⁴⁹ Het door art. 6:233 BW bestreken gebied sluit toepassing van art. 6:248 lid 2 BW niet uit.⁵⁰ Die toetsing kan ook ambtshalve geschieden⁵¹ en leidt voor de consument tot een 'niet binden'.

6. Conclusie

In de onderhavige zaak bij het Hof Amsterdam is stilzwijgend aangenomen dat een (opvolgende) erfpachter een beroep kan doen op de richtlijn en/of afd. 6.5.3 BW. Zowel de richtlijn als afd. 6.5.3 BW zijn echter waarschijnlijk geschreven met het oog op verbintenisrechtelijke verhoudingen.⁵² Dit neemt mijns inziens niet weg dat de richtlijn van toepassing is op een erfpachtverhouding, ook in het geval van opvolgende erfpachters. Dit heeft tot gevolg dat in het Nederlandse recht een optie moet bestaan voor een (opvolgende) erfpachter om de 'oneerlijkheid' van een erfpachtvoorwaarde in te roepen, met als gevolg dat het beding de erfpachter 'niet bindt'. De vraag is dus niet óf, maar hóe. In het Nederlandse recht wordt over het algemeen aangenomen dat de 'eerste' erfpachter een beroep kan doen op afd. 6.5.3 BW. Over de toepasselijkheid van afd. 6.5.3 BW in het geval van een opvolgende erfpachter wordt getwist. Of de voorkeur uitgaat naar toepasselijkheid van afd. 6.5.3 BW of art. 6:248 lid 2 BW, hangt uiteindelijk af van een weging van belangen. Het zwaartepunt kan liggen bij bescherming van een opvolgende erfpachter tegen een oneerlijk beding door vernietiging daarvan mogelijk te maken of bij bescherming van de erfverpachter die als gevolg van een overdracht van het erfpachtrecht een anders niet tegen hem inroepbare vernietiging tegen zich moet laten gelden. Voor de praktijk is het in ieder geval van belang dat het Europees recht een niet te onderschatten rol speelt bij de vernietiging van erfpachtvoorwaarden. De praktijk dient zich hiervan bewust te zijn zodat hierop geanticipeerd kan worden. De Gemeente Amsterdam lijkt dit door de uitspraak van het Hof Amsterdam in ieder geval te doen:

“Na 100 jaar voortdurende erfpacht voert Amsterdam eeuwigdurende erfpacht in. (...). Het nieuwe stelsel gaat (...) uit van eeuwigdurende erfpacht waarbij (...) de Algemene Bepalingen tussentijds niet meer zullen worden aangepast.”⁵³

Het wijzigingsbeding keert in het nieuwe Amsterdamse erfpachtstelsel dus niet terug.

1

Zie HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670 m.nt. M. Scheltema.

2

Zie bijv. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/216 en 217. Dit geldt alleen voor zover de bedingen niet in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht. Zie HR 16 maart 1977, *NJ* 1977/399 m.nt. W.M. Kleijn.

3

Zie bijv. art. 5 lid 1 Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915.

4

Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS: 2014:3903.

5

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Publikatieblad EU L 95/29, d.d. 21 april 1993.

6

Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011/175 voor de verplichting tot ambtshalve toetsing. De ambtshalve vernietigingsbevoegdheid is gebaseerd op art. 6:233 sub a BW. Zie HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Aangezien SEBA c.s. een beroep heeft gedaan op de Nederlandse algemene voorwaardenregeling in combinatie met onderdeel j van de indicatie lijst bij de richtlijn, is van een ambtshalve vernietiging geen sprake meer.

7

Er is niet voldaan aan het vereiste dat de richtlijn niet, niet-tijdig of onjuist is geïmplementeerd of dat de omgezette regels niet worden gehandhaafd. Zie over de directe werking van richtlijnen o.m. R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 227-232; Asser/Hartkamp 3-I* 2011/16 en 155 en P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, New York: Oxford University Press 2011, p. 193 en de bij deze auteurs aangehaalde rechtspraak.

8

Dit is af te leiden uit het vonnis in eerste aanleg van Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 2.2-2.5.

9

De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt evenwel ook alleen met betrekking tot de rechtsverhoudingen waarop de richtlijn temporeel gezien van toepassing is. Zie J. Hijma, 'Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 419.

10

Zie C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 71 (hierna: Pavillon 2011) en Asser/Hartkamp 3-I* 2011/250 en de bij beide auteurs genoemde literatuur.

11

Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011/250.

12

Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, nr. 338-339 (hierna: Loos 2013).

13

HR 21 september 2012, *NJ* 2013/432 m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2012/69 m.nt. P.E. Ernste. Vgl. ook Loos 2013, nr. 171.

14

Loos 2013, nr. 170 en J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 25 (hierna: Hijma 2010).

15

Loos 2013, nr. 171; Pavillon 2011, nr. 108 en Hijma 2010, nr. 25.

16

Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6, p. 1579 (MvT); Loos 2013, nr. 171 en Hijma 2010, nr. 25.

17

Het wijzigingsbeding ziet ‘slechts’ op een eenzijdige wijziging van de algemene erfpachtvoorwaarden, voor zover deze vastgelegd liggen in de Algemene Bepalingen. Over een aanpassing van de prijs, dat wil zeggen een canonverhoging, zegt het wijzigingsbeding niets. Daar ziet een specifiek beding in de Algemene Bepalingen op, welk beding nog onderwerp van discussie is in de onderhavige zaak tussen de Gemeente Amsterdam en SEBA c.s. Dit is af te leiden uit College van B&W van de Gemeente Amsterdam, *Concept Startdocument Eeuwigdurende erfpacht*, d.d. 18 november 2014, p. 15. Uiteraard lijkt het op zichzelf redelijk dat de hoogte van de canon na verloop van tijd kan worden aangepast, in ieder geval aan de prijsontwikkeling.

18

Loos 2013, nr. 205.

19

Zie punt 2 sub b bij de indicatieve lijst van de richtlijn.

20

Zie art. 15 lid 1 sub b Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915.

21

Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6, p. 1684 (MvA I).

22

R.H.C. Jongeneel, ‘Een richtlijn die weinig schade aanricht’, *TvC* 1993/3, p. 127.

23

Zie bijv. art. 5 lid 2 Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915.

24

Als een beding vooraf is opgesteld, wordt verondersteld dat de consument geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de inhoud van het beding en dus dat het beding geen onderwerp is geweest van afzonderlijke onderhandelingen (art. 3 lid 2 richtlijn).

25

Blijkens de preambule worden wel enkele soorten overeenkomsten uitgesloten, zoals bijv. de arbeidsovereenkomst.

26

Zie voetnoot 2.

27

HvJ EU 15 januari 2015, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14 (Šiba), r.o. 21 en HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, *NJ* 2013/487 ECLI:NL:XX:2013:CA2493 (*Brusse en Gabarito/Jahani*), r.o. 30.

28

H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, nr. 68.

29

Zie bijv. R.H.C. Jongeneel, 'Een richtlijn die weinig schade aanricht', *TVC* 1993/2, p. 118-119 en E.H. Hondius, 'Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', *NTBR* 1993/6, p. 109. Zo wordt bijv. ook een leverancier van financiële diensten door de richtlijn als verkoper aangemerkt. Zie punt 2 sub b bij de indicatieve lijst van de richtlijn.

30

E.H. Hondius, 'Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', *NTBR* 1993/6, p. 109.

31

Zie ook HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, *NJ* 2013/487 ECLI:NL:XX:2013:CA2493 (*Brusse en Gabarito/Jahani*), r.o. 25-31.

32

Zie in dezelfde zin bijv. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.6 en H.J. Snijders, annotatie bij: HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115, punt 3c.

33

Zie voetnoot 2.

34

Zie bijv. T.H.M. van Wechem & B. Wessels, 'Toetsing erfpachtvoorwaarden (II)', *WPNR* (1992) 6041, p. 221.

35

Zie bijv. A.E. de Vries & A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 99-100.

36

Zie bijv. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 735-736 en W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies van de Koninklijke Notarie'le Broederschap*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1995, p. 125-126 (hierna: Huijgen 1995).

37

Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 2.2-2.5.

38

Zie bijv. Struycken 2000, p. 92.

39

Zie bijv. J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht', in: S.E. Bartels en J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 27 en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 173 (hierna: Vonck 2013).

40

Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6, p. 1455-1456 (MvT).

41

Vonck 2013, p. 177.

42

Vonck 2013, p. 177.

43

Vonck 2013, p. 178.

44

Vgl. HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*), m.nt. J. Hijma en HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 (*VNP/ Havrij*), m.nt. H.J. Snijders.

45

Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI: NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.3. Het hof neemt aan dat de erfpachters zijn aan te merken als wederpartij in de zin van art. 6:231 aanhef en onder a BW. Uit r.o. 3.1 en 3.4 is echter af te leiden dat de huidige erfpachters niet de oorspronkelijke contractspartijen waren.

46

Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6*, p. 1621 (MvA I). Aldus ook Vonck 2013, p. 176-178. Zie in dezelfde zin bij contractsoverneming M. Huizingh, 'Vernietiging van algemene voorwaarden na contractsoverneming', *WPNR* (2012) 6916, p. 86.

47

Zie Huijgen 1995, p. 125-126.

48

De grondeigenaar heeft bij de uitgifte van de grond in erfpacht wel ingestemd met een vrij overdraagbaar recht. De erfverpachter kan er rekening mee houden dat het erfpachtrecht wisselt van rechthebbenden. De

erfverpachter kan aldus een toestemmingsvereiste aan overdracht van het erfpachtrecht bedingen, om zo invloed uit te kunnen oefenen op de hoedanigheid van de opvolgende erfpachter.

49

Aldus Vonck 2013, p. 177.

50

HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/112 m.nt. J. Hijma.

51

Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/395. Dit is vereist bij de richtlijn. Zie voetnoot 9.

52

Zie bijv. overweging 10 van de preambule bij de richtlijn; Huijgen 1995, p. 127 en Vonck 2013, p. 175.

53

College van B&W van de Gemeente Amsterdam, *Concept Startdocument Eeuwigdurende erfpacht*, d.d. 18 november 2014, p. 4 en 15.